



**University of
Zurich^{UZH}**

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2007

Soziale Grundrechte: Das nackte Überleben - oder mehr?

Gächter, Thomas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-175620>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Gächter, Thomas (2007). Soziale Grundrechte: Das nackte Überleben - oder mehr? ius.full:19-26.



Sondernummer

grundrechtszyklus

Andreas Kley (Teil 1)

Felix Uhlmann (Teil 2)

Helen Keller (Teil 3)

Thomas Gächter (Teil 4)

Soziale Grundrechte

Das nackte Überleben – oder mehr?

Thomas Gächter*

Soziale Anliegen, d.h. die Umsetzung von sozialer Sicherheit und sozialer Gerechtigkeit, werden auf nationaler und internationaler Ebene häufig nur in der Form von Staats- oder Sozialzielen gewährleistet. Diese auferlegen den Gemeinwesen zwar gewisse Handlungspflichten, räumen den Einzelnen aber keine direkt einklagbaren Rechte ein.

Nur in wenigen Bereichen, die für eine menschenwürdige Existenz sowie ein Minimum an Chancengleichheit unabdingbar sind, werden den Einzelnen

grundrechtliche Ansprüche auf staatliche Leistungen eingeräumt. Das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) stand in den letzten Jahren im Zentrum des Interesses. Was genau wird durch dieses soziale Grundrecht gewährleistet: das nackte Überleben eines Menschen – oder vielleicht doch mehr als das?

I. Die Schweiz als Sozialstaat

Das liberale Rechtsstaatsverständnis des 19. Jahrhunderts beschränkte die Pflichten des Staates – verkürzt ausgedrückt – auf die Gewährleistung von Sicherheit, formaler Rechtsgleichheit sowie der Freiheitsrechte, insbesondere des Privateigentums (Nachtwächterstaat). Dies ermöglichte zwar die Entfaltung des Unternehmertums und einen durch die Industrialisierung bewirkten wirtschaftlichen Aufschwung, führte aber auch zur Verelendung breiter Bevölkerungskreise, schloss sie faktisch vom Genuss der rechtsstaatlichen Freiheiten aus und verursachte enorme soziale Ungleichheiten. Der um den Sozialstaatsgedanken bereicherte soziale Rechtsstaat zielt dagegen darauf ab, diese Fehlleistungen eines reinen Wirtschaftsliberalismus zu korrigieren¹. Dabei geht er von denselben Grundwerten aus, nämlich der Menschenwürde, den Freiheitsrechten und der Rechtsgleichheit. Anders als der Wirtschaftsliberalismus strebt er jedoch deren *faktische* Verwirklichung an². Die beiden Hauptziele der Sozialstaatlichkeit bestehen demnach in der Gewährleistung von *sozialer Gerechtigkeit* und *sozialer Sicherheit*³, die notwendig ist, damit die Menschenwürde der Einzelnen gewahrt und die Ausübung der Grundrechte überhaupt ermöglicht wird⁴. Mit dem Leitsatz der sozialen Gerechtigkeit sollen ein gewisser *sozialer Ausgleich* sowie *Chancengleichheit* bewirkt werden⁵.

* Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht, Universität Zürich. Ich danke Herrn RA Martin Knüsel für die Sammlung von Material und Frau RA Dania Tremp für die Durchsicht des Manuskripts.

1 WALTER HALLER/ALFRED KÖLZ, Allgemeines Staatsrecht, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2004, S. 135 f.; PHILIPPE MASTRONARDI, Strukturprinzipien der Bundesverfassung? Fragen zum Verhältnis von Recht und Macht anhand des Wirtschaftsstaatsprinzips, Beiheft 7 zur ZSR, Basel/Frankfurt a.M. 1988, S. 19.

2 Z.B. MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Nachgeführte Verfassung: Sozialziele und Sozialrechte, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 497 ff., 499 f.; DANIEL THÜRER, Die drei traditionellen «Welten» der Bundesverfassung – Aufbruch zu einer vierten «Welt»? in: HELMUT HOLZHEY/GEORG KOHLER (Hrsg.), Verrechtlichung und Verantwortung, studia philosophica, Supplementum 13, 1987, S. 233.

3 Z.B. HANS PETER TSCHUDI, Die Sozialverfassung der Schweiz (Der Sozialstaat), Bern/Zürich 1986, S. 2 f. Siehe auch HANS F. ZACHER, Das soziale Staatsziel, in: JOSEF ISENSSEE/PAUL KIRCHHOF (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Band II, Heidelberg 2003, S. 659 ff., N. 32 ff.

4 ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, N. 185; HALLER/KÖLZ (Fn. 1), S. 136.

5 Zum Ganzen ULRICH MEYER-BLASER/THOMAS GÄCHTER, Der Sozialstaatsgedanke, in: DANIEL THÜRER/JEAN-FRANÇOIS AUBERT/JÖRG PAUL MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2001, § 34 N. 1 ff.

Rechtsstaatlichkeit, Bundesstaatlichkeit, Sozialstaatlichkeit sowie die typisch schweizerische Form der demokratischen Mitwirkung bilden Strukturprinzipien der Bundesverfassung⁶. Als Strukturprinzipien bezeichnet man gemeinhin Generalisierungen von Verfassungsnormen mit einem gemeinsamen Orientierungsgehalt⁷. Dieser besteht bei der Sozialstaatlichkeit im Bekenntnis zur sozialen Verantwortung des Staates, zum Engagement für die sozial Schwächeren⁸ oder – mit Bezug auf die vorne beschriebenen Ziele des Sozialstaates – im verfassungsrechtlich fundierten Auftrag, soziale Sicherheit, soziale Gerechtigkeit, sozialen Ausgleich und Chancengleichheit zu gewährleisten⁹.

Den Kern der Sozialverfassung bilden die sozialstaatlichen Zielnormen sowie die sozialen Grundrechte¹⁰. Die Bundesverfassung unterscheidet zwischen direkt anspruchsbegründenden Grundrechten (sozialen Grundrechten) und den programmatischen Sozialzielen¹¹. Diese Aufteilung geht auf das Beispiel neuerer Kantonsverfassungen zurück, welche wiederum auf den Ergebnissen der Diskussion um die Aufnahme von Sozialrechten in die Verfassung beruhen¹². Dabei hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass es redlicher und transparenter ist, zwischen direkt anspruchsbegründenden Sozialrechten und programmatischen Sozialzielen (Art. 41 BV) zu unterscheiden¹³. Das massgebende Unterscheidungskriterium bildet nach der vorherrschenden Auffassung die Justitiabilität¹⁴.

Auf der Ebene der Bundesverfassung gelten in erster Linie Art. 12 (Recht auf Hilfe in Notlagen) und Art. 19 BV (Anspruch auf Grundschulunterricht) als soziale Grundrechte¹⁵. Ein Teil der Lehre zählt auch Art. 29 Abs. 3 (Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und auf unentgeltlichen Rechtsbeistand)¹⁶ und Art. 28 Abs. 3 BV (Streikrecht)¹⁷ zu den sozialen Grundrechten.

II. Struktur sozialer Grundrechte

Der bei weitem überwiegende Teil der Ansprüche auf staatliche Leistungen, durch welche die Zielsetzungen und Leitvorstellungen umgesetzt werden, die in Sozialzielen, sozialen Kompetenznormen und weiteren programmatischen Gehalten der Verfassung enthalten sind, ergibt sich aus dem Gesetzes-

recht. Die genannten Zielnormen begründen – für sich allein genommen – keine einklagbaren Ansprüche¹⁸. Auch aus den sozialen Zielsetzungen des internationalen Konventionsrechts, das die Schweiz

⁶ Siehe RENÉ RHINOW, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel/Genf/München 2003, N. 192 ff.; PETER UEBERSAX, Stand und Entwicklung der Sozialverfassung der Schweiz, in: AJP 1998, S. 4 mit zahlreichen Hinweisen. Siehe auch die Botschaft über eine nachgeführte Bundesverfassung vom 20. November 1996, Separatdruck (= BBl 1997 I 1 ff., zitiert Botschaft VE 96), S. 14 ff., 204.

⁷ Vgl. MASTRONARDI (Fn. 1), S. 43, 44: «Vereinfacht ausgedrückt wären demnach Strukturprinzipien jene Grundsatzgehalte der Verfassung, die man aufzählen müsste, wenn man mit möglichst wenig Elementen eine Verfassung lückenlos charakterisieren wollte.»

⁸ Botschaft VE 96 (Fn. 6), S. 16 f.; siehe auch etwa den Anklang an dieses Ziel in der Präambel der Bundesverfassung: «... gewiss, ... dass die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen, ...»

⁹ Siehe auch BERNHARD WALDMANN, Das Recht auf Nothilfe zwischen Solidarität und Eigenverantwortung, ZBl 2006, S. 341 ff., 345 f.

¹⁰ Von zentraler Bedeutung sind sodann die Kompetenznormen, welche die Grundlagen für die klassischen Bereiche der Sozialgesetzgebung bilden (Wohnen, Arbeit, soziale Sicherheit und Gesundheit). Siehe etwa RHINOW (Fn. 6), N. 3067 ff.

¹¹ ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Vol. II, Les droits fondamentaux, 2. Aufl., Bern 2006, N. 1498 ff., 1511 ff.

¹² Diese Diskussion fand vor allem im Rahmen des schweizerischen Juristentages von 1973 statt. Siehe JÖRG PAUL MÜLLER, Soziale Grundrechte in der Verfassung, 2. Aufl., Basel 1981 (zit. soziale Grundrechte) und ETIENNE GRISEL, Les droits sociaux, ZSR 1973 II, S. 1 ff.

¹³ In der älteren Terminologie wurden beide Normtypen unter einem weit verstandenen Sozialrechtsbegriff zusammengefasst. Vgl. z.B. PASCAL MAHON, Droits sociaux et réforme de la Constitution, in: De la Constitution, Etudes en l'honneur de J.-F. Aubert, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 385 ff.

¹⁴ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 11), N. 1505 ff.; MÜLLER, soziale Grundrechte (Fn. 12), S. 20 ff.

¹⁵ Z.B. HÄFELIN/HALLER (Fn. 4), N. 908 f.

¹⁶ MEYER-BLASER/GÄCHTER (Fn. 5), N. 27 ff., 38 f.; RHINOW (Fn. 6), N. 3089.

¹⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 11), N. 1513, 1546 ff., 1604 ff.; a.M. HÄFELIN/HALLER (Fn. 4), N. 909.

¹⁸ So etwa ausdrücklich Art. 41 Abs. 4 BV; siehe auch MEYER-BLASER/GÄCHTER (Fn. 5), N. 17 ff.

zu einem nicht unwesentlichen Teil ratifiziert hat¹⁹, lassen sich nur in Ausnahmefällen unmittelbar durchsetzbare Ansprüche ableiten²⁰.

Einigen Rechtspositionen – nämlich den als soziale Grundrechte ausgestalteten Ansprüchen – wird indes eine so herausragende Bedeutung für die Anliegen des sozialen Rechtsstaates zugemessen, dass sie durch ihre grundrechtliche Verankerung dem Zugriff des Gesetzgebers entzogen werden²¹. Die sozialen Grundrechte sollen demnach zentralste Werte der Sozialstaatlichkeit für jede einzelne Person gewährleisten. Sie stellen «verfassungsrechtliche Gewährleistungen bestimmter staatlicher Leistungen in der Form individualrechtlicher Verbürgungen»²² dar, sind unmittelbar anwendbar und grundsätzlich gerichtlich durchsetzbar²³.

19 Siehe zu den menschenrechtlichen Aspekten WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, Basel/Genf/München 2005, S. 300 ff.; zum sozialrechtlichen Völkervertragsrecht im Allgemeinen PIERRE-YVES GREBER, *Le droit international de la sécurité sociale*, in: ULRICH MEYER (Hrsg.), *Soziale Sicherheit*, Band XIV von HEINRICH KOLLER/GEORG MÜLLER/RENÉ RHINOW/ULRICH ZIMMERLI (Hrsg.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Basel/Genf/München 2007, S. 83 ff.

20 Vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 11), N. 1500; siehe aber zur gegenteiligen Auffassung des UN-Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte KÄLIN/KÜNZLI (Fn. 19), S. 303 f.

21 Siehe etwa KATHRIN AMSTUTZ, *Das Grundrecht auf Existenzsicherung. Bedeutung und inhaltliche Ausgestaltung des Art. 12 der neuen Bundesverfassung*, Bern 2002, S. 131 ff.; MARKUS SCHEFER, *Die Beeinträchtigung von Grundrechten. Zur Dogmatik von Art. 36 BV*, Bern 2006 (zit. *Beeinträchtigung*), S. 100 f.

22 MÜLLER, *Soziale Grundrechte* (Fn. 12), S. 172.

23 HÄFELIN/HALLER (Fn. 4), N. 907; RHINOW (Fn. 3), N. 3088.

24 Namentlich unter den in Art. 36 BV verankerten Anforderungen, die bei typischen Eingriffen in Abwehrrechte üblicherweise erfüllt sein müssen; SCHEFER, *Beeinträchtigung* (Fn. 21), S. 2.

25 JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, 3. Aufl., Bern 1999 (zit. *Grundrechte*), S. 166; WALDMANN (Fn. 9), S. 350.

26 MEYER-BLASER/GÄCHTER (Fn. 5), N. 32, mit weiteren Hinweisen.

27 SCHEFER, *Beeinträchtigung* (Fn. 21), S. 100.

28 SCHEFER, *Beeinträchtigung* (Fn. 21), S. 100.

29 Eingehend AMSTUTZ (Fn. 21), S. 135 ff.

30 Siehe die äusserst zahlreichen Hinweise in BGE 131 I 166 E. 5.3.

Strukturell unterscheiden sich die sozialen Grundrechte von den Freiheitsrechten dadurch, dass Letztere einen bestimmten Bereich vor staatlichen Eingriffen schützen und unter bestimmten Voraussetzungen eingeschränkt werden dürfen²⁴, die sozialen Grundrechte dagegen staatliche Leistungen garantieren, die ein Mindestmass an Grundrechtsentfaltung überhaupt erst ermöglichen; so kann ein Mensch, dessen Existenz in einer Notlage nicht geschützt wird, seine übrigen Grundrechte nicht ausüben²⁵ oder hat eine Person ohne ausreichende Grundsulbildung nicht die Chance, ihre Grundrechte zu entfalten und sich allenfalls auch hinreichend politisch artikulieren zu können²⁶. Während sich bei Freiheitsrechten die Notwendigkeit, sie durch staatliche Massnahmen zu beeinträchtigen, in der Regel aufgrund einer Kollision mit anderen Rechtsgütern ergibt – d.h. mit öffentlichen Interessen oder mit privaten Interessen Dritter –, stehen soziale Grundrechte eher in einem Spannungsverhältnis mit der politischen Prioritätensetzung bei der Zuteilung finanzieller Mittel²⁷.

Selbst wenn sich die Anspruchsvoraussetzungen der sozialen Grundrechte aus der Verfassung ableiten lassen, werden sie in der Regel durch unterverfassungsrechtliche Normen wie Gesetze und Verordnungen konkretisiert. Diese Normen dürfen jedoch nur solche Voraussetzungen formulieren, die darauf gerichtet sind, den grundrechtlichen Leistungsanspruch praktikabel zu machen²⁸.

III. Einschränkung?

Bereits aus den Ausführungen zu Zweck und Struktur sozialer Grundrechte erhellt, dass diese nicht in gleicher Weise eingeschränkt werden können wie Freiheitsrechte: Bestimmte Rechtspositionen werden gerade deshalb als unabdingbare Ansprüche gegenüber dem Staat ausgestaltet, weil sie dem Zugriff durch staatliche Einschränkungen entzogen werden sollen²⁹. Häufig werden deshalb die Ansprüche aus sozialen Grundrechten als eigentliche Kerngehalte bezeichnet; womit in der von Art. 36 Abs. 4 BV geprägten Terminologie zum Ausdruck gebracht wird, dass die Rechtspositionen nicht angetastet werden dürfen und gesetzesbeständig sind³⁰.

Mit Bezug auf Art. 12 BV hat sich auch das Bundesgericht in diesem Sinn geäußert³¹. Zudem hat es geklärt, dass bei sozialen Grundrechten, die Ansprüche auf positive Leistungen des Staates begründen, anstelle der bei den Freiheitsrechten üblichen Einschränkungsvoraussetzungen die Voraussetzungen genannt werden, unter denen das Recht ausgeübt werden kann³². Unter diesem Aspekt erscheint die Diskussion um allfällige Einschränkungen sozialer Grundrechte eher als eine Auseinandersetzung über die verfassungsrechtlich vorgesehenen Voraussetzungen der sozialen Grundrechte³³.

Obwohl das Bundesgericht in aller Klarheit darauf hingewiesen hat, dass bei sozialen Grundrechten die Bestimmungen über die Einschränkung von Grundrechten nicht zur Anwendung kommen³⁴, prüft es unter sinngemässer (Teil-)Anwendung von Art. 36 BV, ob eine einschränkende Konkretisierung mit dem verfassungsrechtlich garantierten Minimalgehalt zu vereinbaren ist³⁵. Für das Recht auf Hilfe in Notlagen hat es – wie bereits ausgeführt – die Möglichkeit einer einschränkenden Konkretisierung wegen der Kongruenz von Schutzbereich und Kerngehalt jedoch ausgeschlossen, während einschränkende Konkretisierungen beim Anspruch auf Grundschulunterricht zum Schutz der Rechte Dritter bei zwingender Notwendigkeit wohl weiterhin zulässig sein dürften³⁶.

Selbst wenn die bundesgerichtliche Argumentation zur Einschränkung sozialer Grundrechte plausibel erscheint, birgt der sinngemässe Beizug der Einschränkungsvoraussetzungen (Art. 36 BV) die Gefahr, dass soziale Grundrechte gedanklich mit Freiheitsrechten vermengt und die angestrebten

Schutzziele durch zunehmende einschränkende Konkretisierungen unterlaufen werden.

IV. Insbesondere: Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV)

Welche Ansprüche werden welchen Menschen eingeräumt, um die mit Art. 12 BV verbundenen Zielsetzungen zu erreichen? Welches Schutzniveau strebt das Recht auf Hilfe in Notlagen an?

1. Zielsetzung

«Die Sicherung elementarer menschlicher Bedürfnisse wie Nahrung, Kleidung und Obdach ist die Bedingung menschlicher Existenz und Entfaltung überhaupt. Sie ist zugleich unentbehrlicher Bestandteil eines rechtsstaatlichen und demokratischen Gemeinwesens ...»³⁷ Mit diesen Ausführungen anerkannte das Bundesgericht 1995 ein ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht auf Existenzsicherung³⁸. Dieser Anerkennung ging neben der Lehre, welche praktisch einhellig einen solchen Anspruch forderte³⁹, auch die flächendeckende Fürsorgepraxis der Kantone (öffentliche Sozialhilfe), die Aufnahme des Anspruchs in einzelne Kantonsverfassungen sowie in den bundesrätlichen Verfassungsentwurf von 1995 (Vernehmlassungsentwurf) voraus⁴⁰. Den An-

31 BGE 131 I 166 E. 5.3; 130 I 71 E. 4.1. Siehe auch PETER UEBERSAX, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Recht auf Hilfe in Notlagen im Überblick, in: CARLO TSCHUDI (Hrsg.), Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen, Bern 2005 (zit. Rechtsprechung), S. 33 ff., 39.

32 Siehe BGE 131 I 166 E. 5.2 zum Recht auf Hilfe in Notlagen und BGE 129 I 12 E. 6.2 zum Anspruch auf Grundschulunterricht.

33 Siehe BGE 129 I 12 E. 6.2, mit Hinweis auf MÜLLER, Grundrechte (Fn. 25): «Die Tragweite von Sozialrechten ist im Wesentlichen auf Grund von Kriterien zu bestimmen, die aus der Substanz des jeweiligen Grundrechts besonders zu entwickeln sind.»

34 BGE 129 I 12 E. 6.3; 129 I 35 E. 8.2.

35 BGE 131 I 166 E. 5.2.

36 Siehe auch SCHEFER, Beeinträchtigung (Fn. 21), S. 101 f.

37 BGE 121 I 367 ff. E. 2b, mit Hinweis.

38 Die erst durch das Parlament vorgenommene Umbenennung des Artikels in «Recht auf Hilfe in Notlagen» beabsichtigte keine Einengung des Anspruchs; vielmehr sollte durch die Umbenennung verdeutlicht werden, dass es sich nicht um ein Recht auf ein Existenzminimum handelt (Amtl. Bull. SR, 1998, Reform der Bundesverfassung, Separatdruck, S. 40, Votum Inderkum und a.a.O., S. 187 f., Votum Bundesrat Koller).

39 Siehe die Hinweise in BGE 121 I 367 E. 2b.

40 Vgl. auch CHARLOTTE GYSIN, Der Schutz des Existenzminimums in der Schweiz, Basel 1999, S. 12 ff.; MÜLLER, Grundrechte (Fn. 25), S. 167 ff.

knüpfungspunkt für die Anerkennung des Rechts bildete der Schutz der Menschenwürde⁴¹. Die Erwägungen des Bundesgerichtes nahmen zwar keinen Bezug auf den UNO-Pakt I⁴², doch erfüllte die Anerkennung des Grundrechts auf Existenzsicherung das Postulat, zumindest elementare Aspekte der darin enthaltenen Garantien einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich zu machen⁴³. Für die Konkretisierung von Art. 12 BV lassen sich demnach

wertvolle Impulse aus der Praxis des UNO-Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte gewinnen⁴⁴.

2. Trägerschaft

Als elementarer Ausdruck der Würde eines Menschen steht das Recht auf Hilfe in Notlagen grundsätzlich sämtlichen Menschen zu, die sich in der Schweiz aufhalten⁴⁵; dies unabhängig von ihrem Geschlecht, ihrem Alter, ihrer Staatsangehörigkeit oder ihrem ausländerrechtlichen Status⁴⁶.

3. Sachliche Anspruchsvoraussetzungen

Sachliche Anspruchsvoraussetzung bildet eine aktuelle, d.h. tatsächlich eingetretene oder unmittelbar drohende Notlage⁴⁷. Eine Notlage im Sinn von Art. 12 BV liegt vor, wenn es der hilfsbedürftigen Person aktuell an den Ressourcen fehlt, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind⁴⁸. Sie ist selbst dann zu bejahen, wenn die hilfsbedürftige Person ein Verschulden an ihrer Notlage trifft⁴⁹. Im Hinblick darauf, dass bereits mit dem Wortlaut von Art. 12 BV neben den Mitteln, «die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind», «Hilfe und Betreuung» als mögliche Ansprüche genannt werden, ist auch der Begriff der Notlage zu differenzieren: Auch wenn im Rahmen der Entstehung von Art. 12 BV die materielle Notlage im Vordergrund gestanden hat, wird mit «Hilfe und Betreuung» angedeutet, dass auch andere Notlagen anspruchsbegründend wirken könnten. Die Notlage ist deshalb in Relation zur staatlichen Leistung zu beurteilen, die eine hilfesuchende Person anstrebt⁵⁰.

Bereits aus dem Verfassungstext ergibt sich, dass Nothilfe im Sinn von Art. 12 BV nur verlangen kann, wer «nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen». Ein auf Art. 12 BV gestützter Anspruch ist damit subsidiär zur Möglichkeit, sich aus eigenen Mitteln oder durch eigene (zumutbare) Arbeit die nötigen Mittel zu beschaffen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf die zuständige Behörde die Ausrichtung materieller Hilfe sogar davon abhängig machen, dass eine bedürftige Person an einer Beschäftigungs- und Integrationsmassnahme teilnimmt⁵¹.

41 Vgl. CHRISTINE BREINING-KAUFMANN/SANDRA WINTSCH, Rechtsfragen zur Beschränkung der Nothilfe, ZBI 2005, S. 497 ff., 499.

42 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.1.

43 Siehe JÖRG KÜNZLI/WALTER KÄLIN, Die Bedeutung des UNO-Paktes über wirtschaftliche und soziale Rechte für das schweizerische Recht, in: WALTER KÄLIN/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOWAK, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M./Brüssel 1997, S. 130 f.

44 HÄFELIN/HALLER (Fn. 4), N. 919; BREINING-KAUFMANN/WINTSCH (Fn. 41), S. 500 f.

45 WALDMANN (Fn. 9), S. 355.

46 BGE 131 I 166 E. 3.1; aus der Lehre z.B. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 11), N. 1529; MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, St. Galler Kommentar, Art. 12 BV N. 8; HÄFELIN/HALLER (Fn. 4), N. 914; MÜLLER, Grundrechte (Fn. 25), S. 169; WALDMANN (Fn. 9), S. 351.

47 BGE 131 I 166 E. 3.1 f.

48 Vgl. MÜLLER, Grundrechte (Fn. 25), S. 170.

49 BGE 131 I 166 E. 4.3, mit zahlreichen Hinweisen.

50 WALDMANN (Fn. 9), S. 352, mit weiteren Hinweisen.

51 BGE 130 I 71 E. 5. Diese Tendenz ist nicht ohne Kritik geblieben: Siehe etwa die Urteilsanmerkungen zu BGE 2P.147/2002 von KATHRIN AMSTUTZ, Zeitschrift für Sozialhilfe (ZeSo) 2003, S. 97 f.; KURT PÄRLI, Verfassungsrechtliche Aspekte neuer Modelle in der Sozialhilfe, AJP 2004, S. 45 ff., 51 ff., allerdings mit Bezug auf ältere Urteile. PÄRLI weist insbesondere darauf hin, dass zwischen einer selbstverschuldeten Notlage, die den grundrechtlichen Anspruch nicht schmälert, und dem Bestehen einer Notlage wegen nicht ausgeschöpfter zumutbarer Selbsthilfe kaum ein Unterschied besteht. MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz. Ergänzungsband zur dritten Auflage des gleichnamigen Werks von JÖRG PAUL MÜLLER, Bern 2005 (zit. Grundrechte), S. 178 ff., kritisiert ebenfalls die apodiktische Formulierung des Bundesgerichts und befürchtet, dass ein Element des Verschuldens in das Recht auf Existenzsicherung hineingetragen werde.

4. Inhalt des Anspruchs

Die Hauptschwierigkeit bei der Beschäftigung mit dem Recht auf Hilfe in Notlagen bildet die Beschreibung des Inhalts des Anspruchs. Das Bundesgericht hat es bereits im Leitentscheid BGE 121 I 367 unterlassen, präzise Anhaltspunkte für den Inhalt des Anspruchs zu geben⁵². Es hat vielmehr betont, dass sich Art und Umfang der Hilfe nach den Normen des zuständigen Gemeinwesens bestimmen. Die Hilfe muss lediglich geeignet sein, die Einzelnen vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren⁵³.

Im Hinblick darauf, dass sich die bundesgerichtliche Argumentation bei der Anerkennung des Grundrechts auf die flächendeckende kantonale Fürsorgepraxis bezog⁵⁴, konnte im ersten Augenblick von einem sozialen Grundrecht auf Sozialhilfeleistungen ausgegangen werden, was in der Literatur schon vor dem Entscheid eingefordert worden war⁵⁵. Spätestens die politischen und juristischen Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit dem Anspruch und dem Umfang der Nothilfe für abgewiesene Asylbewerberinnen und Asylbewerber sowie solche mit einem Nichteintretensentscheid haben erkennen lassen, dass der Schutzzumfang von Art. 12 BV bedeutend weniger weit geht als die Leistungen der Sozialhilfe⁵⁶.

WALDMANN hat sich in jüngerer Zeit eingehend mit dem Recht auf Hilfe in Notlagen befasst und die Konsequenzen aus der bereits vorgestellten bundesgerichtlichen Praxis gezogen, die das Recht auf Hilfe in Notlagen als uneinschränkbaren grundrechtlichen Kerngehalt qualifizierte⁵⁷: «Als leistungsrechtliche Kerngehaltsgarantie muss Art. 12 BV, um auf alle Menschen Anwendung zu finden (auch solche, die sich z.B. nur vorübergehend oder «illegal» in der Schweiz aufhalten), auf die grundlegende Überbrückungshilfe, die vom Bundesgericht umschrieben wird, begrenzt bleiben. Nichts spricht dagegen, dass der Sozialhilfegesetzgeber Abstufungen vornimmt, soweit dadurch die Minimalgarantie von Art. 12 BV unberührt bleibt.»⁵⁸ Dementsprechend stellt er sich auch gegen einen Anspruch auf minimale Mittel zur sozialen Integration, den ein Teil der Lehre – unter Berufung auf das Bild des Menschen als soziales Wesen – aus Art. 12 BV ableitet⁵⁹. In ähnlich restriktiver Weise deutet auch UEBERSAX die Tendenzen der Rechtsprechung⁶⁰.

Dogmatisch ist dieser Schluss stringent: Da ein Kerngehalt nicht eingeschränkt werden darf, muss dieser – um nicht auf Umwegen doch wieder eingeschränkt zu werden⁶¹ – restriktiv umschrieben sein⁶². Ohne überschüssig gefassten Schutzbereich stellt sich weder das Problem von Einschränkungen noch dasjenige einer allfälligen Anspruchsverwirkung durch Rechtsmissbrauch⁶³. Wenn das Recht auf Hilfe in Notlagen – überspitzt ausgedrückt – nur das «nackte Überleben» schützt, so wird künftig eher akzeptiert, dass dieses nicht beschränkt werden darf.

Gleichwohl kann man sich fragen, ob eine so restriktive Auslegung des Gehalts von Art. 12 BV den Zielsetzungen der Bestimmung entspricht. Das Recht auf Hilfe in Notlagen soll die Einzelnen zwar in erster Linie davor bewahren, in ihrer körperlichen und psychischen Existenz gefährdet zu werden, was auch mit einem engen Verständnis des Grundrechts noch abgedeckt würde. Darüber hinaus wird aber ein sozialer, auf die Mitmenschen gerichteter Bezug bereits aus dem Verfassungstext deutlich: Einerseits sprechen «Hilfe und Betreuung» den Menschen als soziales Wesen an⁶⁴, ander-

52 Siehe etwa ANDREAS AUER, *Le droit à des conditions minimales d'existence: un nouveau droit social?*, in: *Mélanges Charles-André Junod*, Genève 1997, S. 27 ff., 35 ff.

53 BGE 121 I 367 E. 2c.

54 BGE 121 I 367 E. 2b.

55 Eingehend etwa PASCAL COULLERY, *Das Recht auf Sozialhilfe*, Bern 1993, S. 109 ff.

56 Siehe dazu etwa BREINING-KAUFMANN/WINTSCH (Fn. 41), S. 498 f., 505 ff.; KARL HARTMANN, *Vom Recht auf Existenzsicherung zur Nothilfe – eine Chronologie*, ZBl 2005, S. 410 ff., 419 ff.; WALDMANN (Fn. 9), S. 364 ff.

57 BGE 131 I 166 E. 5.3; 130 I 71 E. 4.1.

58 WALDMANN (Fn. 9), S. 356 f.

59 WALDMANN (Fn. 9), S. 356 f.

60 UEBERSAX, *Rechtsprechung* (Fn. 31), S. 47 ff., 57.

61 Siehe etwa SCHEFER, *Grundrechte* (Fn. 51), S. 114.

62 Vgl. UEBERSAX, *Rechtsprechung* (Fn. 31), S. 55 ff.

63 Siehe etwa SCHEFER, *Beeinträchtigung* (Fn. 21), S. 18 ff.; UEBERSAX, *Rechtsprechung* (Fn. 31), S. 55 ff.; ablehnend zur Einschränkung durch das Rechtsmissbrauchsverbot BREINING-KAUFMANN/WINTSCH (Fn. 41), S. 508 ff.; THOMAS GÄCHTER, *Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht*, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 325 ff.; WALDMANN (Fn. 9), S. 361 f.

64 Gegen die Bezugnahme auf ein bestimmtes Menschenbild WALDMANN (Fn. 9), S. 356.

seits ist nicht von nackter physischer Existenz, sondern von einem «menschenwürdigen Dasein» die Rede. Es sind mit anderen Worten Deutungen des Schutzzumfangs möglich, die über eine restriktive Interpretation des Inhalts als minimalste Überbrückungshilfe hinausgehen.

Insbesondere in der deutlich hervorgehobenen Beziehung von Art. 12 BV zur Menschenwürde widerspiegelt sich nach der hier vertretenen Meinung⁶⁵ ein Gemeinschaftsbezug: Ein menschenwürdiges Dasein ohne die Möglichkeit, in minimalem Umfang am gesellschaftlichen Umfeld teilhaben zu können, und ohne Schutz vor der Gefahr, dabei als bedauernswerte «Bettelexistenz» ausgegrenzt zu sein⁶⁶, ist nach dem in der Schweiz vorherrschenden Verständnis der Menschenwürde kaum denkbar; dies auch wenn man die berechtigten Warnungen ernst nimmt, dass das Argument der Menschenwürde zur Lösung konkreter Rechtsfragen nicht überstrapaziert werden darf⁶⁷. Das Recht auf Hilfe in Notlagen ist in einem gewissen Mass akzessorisch zu dem, was die jeweilige Gesellschaft als existenznotwendig und menschenwürdig erachtet⁶⁸.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Uneinschränkbarkeit des Rechts auf Hilfe in Notlagen ist zu begrüßen. Die Entstehungsgeschichte, der Wortlaut und die sozialstaatliche Motivation von Art. 12 BV deuten indes darauf hin, dass – im gegebenen gesellschaftlichen Umfeld – der Inhalt des Anspruchs nicht auf ein absolutes Minimum reduziert zu werden braucht. Vielmehr hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung im selben Entscheid bereits einen möglichen Weg gewiesen, wie man zu sachgerechten und gleichwohl zielkonformen Lösungen gelangen kann: Die Ansprüche, d. h. die Anspruchsinhalte, können durchaus situationsgerecht und kontextbezogen definiert werden⁶⁹. So hat es das Bundesgericht zugelassen, den aus Art. 12 BV abzuleitenden Anspruch bei Personen, deren voraussichtliche Verbleibedauer in der Schweiz nur noch kurz ist, geringer anzusetzen als bei Personen, die voraussichtlich noch länger in der Schweiz sein werden. Als Rechtfertigung für diese Unterscheidung wurde – durchaus im Sinn des gemeinschaftsbezogenen Charakters von Art. 12 BV – die fehlende Notwendigkeit der weiteren Integration in die hiesige Gesellschaft angeführt⁷⁰.

Vielleicht lässt sich aus Art. 12 BV demnach doch ein wenig mehr ableiten als nur der Anspruch auf Schutz der physischen Existenz; vielleicht wird sich die Praxis künftig auf die Zielsetzung von Art. 12 BV zurückbesinnen und Aspekte konkretisieren, die über den Anspruch auf das «nackte Überleben» hinausgehen.

Anhang: Methodischer Ratschlag für Studierende

Sehr häufig scheitern Falllösungen an der unzureichenden Auseinandersetzung mit dem Schutzbereich der Grundrechte. Nur wenn der Schutzbereich sorgfältig eingegrenzt wird, können Folgefehler vermieden werden. Solche Folgefehler können bei der Überprüfung von Freiheitsrechtsbeschränkungen etwa darin bestehen, dass wegen der mangelhaften Eingrenzung des Schutzbereichs die Frage der Grundrechtskonkurrenz nicht präzise behandelt werden kann⁷¹ oder zur Prüfung der Einschränkungsvoraussetzungen geschritten wird, obwohl das geprüfte Grundrecht gar nicht berührt ist.

65 Siehe im gleichen Sinn etwa AMSTUTZ (Fn. 21), S. 23 ff.; MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, St. Galler Kommentar, Art. 12 BV, N. 11, 23; GYSIN (Fn. 40), S. 35; PASCAL MAHON in: JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zürich/Basel/Genf 2003, Art. 12 N. 3; MÜLLER, Grundrechte (Fn. 25), S. 175 ff.; restriktiver aber etwa PETER UEBERSAX, Stand und Entwicklung der Sozialverfassung der Schweiz, AJP 1998, S. 3 ff., 10; wohl auch HARTMANN (Fn. 56), S. 417 ff.

66 So BGE 121 I 367 E. 2c, bestätigt in BGE 131 I 166 E. 8.2.

67 Z.B. ANDREAS KLEY, Die Menschenwürde. Urgrund aller Menschenrechte oder Universalgrundrecht? Ius.full 2006, S. 276 ff., 280 f.

68 Z.B. AMSTUTZ (Fn. 21), S. 144 ff.; MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, St. Galler Kommentar, Art. 12 BV, N. 11, 23; THOMAS GÄCHTER, Grenzen der Solidarität? Individuelle Ansprüche auf medizinische Leistungen gegenüber der Rechts- und Versicherungsgemeinschaft, in: Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, S. 473 ff., 480 f.; GYSIN (Fn. 40), S. 35 f.

69 BGE 131 I 166 E. 8.2; siehe aber warnend bereits AMSTUTZ (Fn. 21), S. 146 f.

70 BGE 131 I 166 E. 8.2, am Ende; dazu etwa HARTMANN (Fn. 56), S. 421.

71 Vgl. HÄFELIN/HALLER (Fn. 4), N. 318, mit Hinweis auf MÜLLER, Grundrechte (Fn. 25), S. 174.

Aufgrund der besonderen Struktur der sozialen Grundrechte ist der präzisen Erörterung ihres Schutzzumfangs, d.h. der genauen Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen⁷², noch mehr Aufmerksamkeit zu schenken, da sie nicht – oder jedenfalls nur in sehr geringfügigem Ausmass – eingeschränkt werden können⁷³: Ob ein grundrechtlicher Anspruch zu

bejahen ist, ergibt sich damit bereits aus einer sauberen Auseinandersetzung mit den Anspruchsvoraussetzungen des sozialen Grundrechts.

⁷² BGE 131 I 166 E. 5.2; WALDMANN (Fn. 9), S. 351.

⁷³ Siehe SCHEFER, Beeinträchtigung (Fn. 21), S. 99 ff.
